



Revista

ISSN 2007-4700

Archi  
tectura  
MÉXICO

Número 13  
Septiembre de 2017 •  
febrero de 2018

## Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

David Pavón Herradón

Universidad Europea de Madrid

**RESUMEN:** *En el presente artículo se aborda el concepto de pena desde la óptica del Ordenamiento jurídico-penal español y, a propósito del mismo, se reflexiona acerca de la exclusión de la pena netamente retributiva en la legislación española, a favor de las finalidades preventivas. Finalmente, se hace referencia a los principios informadores del sistema de penas en el Ordenamiento jurídico-penal español.*

**PALABRAS CLAVE:** *Concepto de pena, exclusión de la retribución del sistema español de penas, principios informadores del sistema de penas: proporcionalidad, culpabilidad y legalidad.*

**ABSTRACT:** *This article deals with the concept of grief from the viewpoint of the Spanish juridical and penal system, and, on the other, it reflects on the exclusion of the penalty purely retribution in Spanish legislation, in favour of the preventive purposes. Finally, it refers to the informing principles of the system of penalties in the Spanish juridical-penal order.*

**KEY WORDS:** *Concept of grief, exclusion of the remuneration of the Spanish system of penalties, informative principles of the system of penalties: proportionality, guilt and legality.*

**SUMARIO:** *1. El concepto de pena. 2. Exclusión de la pena retributiva en el ordenamiento jurídico-penal español. 3. Principios informadores del sistema de penas: proporcionalidad, culpabilidad y legalidad. 4. Bibliografía.*

Rec: 19-12-2017 | Fav: 15-01-2018

### 1. El concepto de pena

No existe acuerdo doctrinal sobre qué ha de entenderse por *pena*, si bien la mayoría de los autores vienen señalando, como una de sus principales características, que la pena se trata de un *mal*. Nos hallamos sin duda ante la sanción o castigo establecido por la Ley

para los autores y responsables de infracciones; sanciones específicas que en nuestro Ordenamiento jurídico se encuentran comprendidas en el Código Penal español, susceptibles de imponerse a los responsables de delitos.

La pena, entendida como consecuencia jurídica del delito, se configura, por tanto, desde esta óptica,

## Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

como un mal necesario en pro de la protección de los bienes jurídicos; los cuales han sido (o pretendido ser) previamente violentados por una conducta “desviada”, la del sujeto delincente, alejada de los cánones y reglas de convivencia previstos en el Código Penal. Lesch<sup>1</sup> afirma que la pena es un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, mal llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche.

Al tenor de las anteriores notas, no serían penas las limitaciones de derechos que no deriven de la violación de la norma penal, las que se impongan a un sujeto distinto del infractor, las que se basen exclusivamente en la reparación del daño causado o en la evitación de las consecuencias de la infracción, ni las que sean impuestas por sujetos que no posean la autoridad debida.<sup>2</sup> Además, habrá de tenerse en cuenta que de toda violación de la norma penal no se deriva sin más el surgimiento de la pena. Con todo ello, deviene uno de los límites del “ius puniendi” bajo los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad, principios que, en conexión con la protección de bienes jurídicos, en definitiva el orden social, justifican la necesaria existencia de las penas, si bien bajo una serie de garantías para el infractor; garantías que en nuestro sistema legal vienen dadas por la propia Constitución, cobrando especial importancia la dignidad de la persona del artículo 10 del citado texto.

Son tantas las definiciones que se le han dado a la pena, como teóricos sobre la misma existen, si bien la tónica general es definirla, y así la doctrina española, como el mal necesario,<sup>3</sup> reflejo del “ius puniendi” del

Estado, que se impone al delincente que ha transgredido una norma jurídica penal y, por tanto, por atacar, causar daños o poner en peligro los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, merecedores de protección penal. En palabras de Mir Puig, “la pena es un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”.<sup>4</sup>

A pesar de la aparente opinión unánime de la doctrina en cuanto al concepto de pena, pueden sin embargo diferenciarse dos corrientes de opinión, cuyo punto en común es la latente negatividad que gira en torno al concepto que nos ocupa. Un primer grupo de autores define la pena como un mal,<sup>5</sup> frente a un segundo, que la define como la *causación o imposición de un mal*.<sup>6</sup>

En efecto, una parte de la doctrina, aun entendiendo que la pena es sin duda un mal por sí misma, no considera que deba conceptuarse como la imposición de un mal o una sucesión de males; así Jakobs,<sup>7</sup> al decir que “el injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido”. Igualmente López Barja De Quiroga, considera que “la pena no puede verse ni definirse como una mala consecuencia de otro mal que es el delito, por lo que no es admisible hablar de la pena como mera sucesión de males”.<sup>8</sup> Como se ha dicho, se parte de que la pena es un mal y, en ese contexto, se entiende que no puede ser otro, ya que la pena supone la privación de bienes o derechos; otra cosa distinta es que se defina la pena como la acción consistente en infligir un mal por la existencia de un mal anterior. En este sentido Cobo del Rosal y Vives

<sup>1</sup> Lesch, H. H., *La función de la pena*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid, 1999, p. 4.

<sup>2</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S. *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1999, pp. 798 y 799.

<sup>3</sup> Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002, pp. 114 y 115; García-Pablos De Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal, vol. I*, Madrid, 2012, p. 230, al decir que “es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar a su poder penal se entregaría a sí misma. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar de la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real”.

<sup>4</sup> Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2016, p. 45.

<sup>5</sup> En este sentido, entre otros, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1999, p. 796; García-Pablos De Molina, A. *Introducción...*, cit., p. 232; Díaz Roca, R., *Derecho Penal General. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996, p. 266; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015, p. 48; o Jakobs, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 9.

<sup>6</sup> Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I*, trad. de Mir Puig, S., y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 18; Silva Sánchez, J.M<sup>a</sup>, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 2010, p. 291; Lesch, H. H., *La función...* cit., p. 4; Hobbes, T., *Leviatán*, Madrid, 1979, p. 386, citado por Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho...* cit., p. 795; entre otros.

<sup>7</sup> Jakobs, G., *Derecho...* cit., p. 9.

<sup>8</sup> López Barja De Quiroga, J., *Derecho Penal Parte General IV*, Madrid, 2002, p. 17.

Antón, al decir que “*la pena ha de consistir, necesariamente en la inflicción, de un mal*”.<sup>9</sup>

En mi opinión, la pena no se conceptúa por la acción de su imposición, no es infligir un mal, sino porque en sí misma es negativa, es un mal. Distinto es que su concreción consista en la imposición de ese mal, como señala Jeschek, cuando habla de “*la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad*”,<sup>10</sup> o cuando señala Silva Sánchez<sup>11</sup> que la pena consiste esencialmente en causar un mal.

Pese a lo dicho, ya sea bajo una vertiente u otra, de manera prácticamente unánime la doctrina concibe la pena como un *mal*,<sup>12</sup> si bien Cobo del Rosal y Vives Antón, apuntan que, bajo una concepción idealista, igualmente se trataría de un *bien*, pues la pena puede lograr una serie de bienes, ya que “*si, en este sentido, la pena no fuese un bien, su justificación resultaría imposible*”.<sup>13</sup>

En relación con ese bien, como dice Jakobs,<sup>14</sup> lo cierto es que la pena supone, entre otras cosas, el fortalecimiento del Ordenamiento jurídico, pues reafirma la norma frente a la colectividad y al infractor en particular. Efectivamente, la pena es definida por la mayoría de la doctrina como un mal, sin embargo, como apuntan los planteamientos anteriores, no por ello ha de olvidarse que también deviene de la misma una cierta positividad, pues con su imposición se reafirma el Estado de Derecho y el respeto a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Y es que, en una sociedad como la que vivimos, ha de asumirse la existencia de delincuentes, no siendo el sujeto infractor un mero fenómeno aislado.

Asimismo, dado el tenor del artículo 25.2 de la Constitución, la pena debe buscar un efecto positivo, como es la *reeducción y resocialización*, aun cuando no pueda predicarse como su única finalidad. Positividad, en cuanto se abre la posibilidad para el sujeto infractor, de integrarse de nuevo en la sociedad de la que se le aísla, aunque la práctica ha demostrado que

esta positividad no tiene siempre los efectos deseados sobre el individuo penado, pues son demasiadas las ocasiones en las que, devuelto a la sociedad, comete nuevas infracciones, y en otras, en las que es el propio delincuente el que se niega cualquier tipo de *corrección*.

Por la generalidad de los autores se critica cualquier postura positiva sobre la pena, por entenderla idealista. Al respecto ha de decirse que de la misma manera que una concepción positiva de la pena suscita críticas, al concebir positivo el privar a un individuo de la libertad o de otros derechos, igualmente, cuando un sujeto penado cumple su condena y es devuelto a la sociedad en la que comete nuevos delitos, se evidencia el fracaso práctico de esa prevención, general y especial, que en cierto modo podría ser tachada por ello como un tanto idealista.

En mi opinión, la pena conceptualmente no puede ser definida más que como un mal (ya es su propio lenguaje el primero que delata su intrínseca negatividad, pues deviene equivalente a términos como *sufrir* o *padecer*), porque supone la privación o restricción de derechos, impuesta a consecuencia de comportamientos considerados antisociales, algo igualmente negativo por sí mismo. Cuestión diferente es que con ella se pretenda un “bien”, un efecto positivo, o que responda a una “necesidad” de protección social, entendida como método que ha de servir para *colaborar* en el mantenimiento del orden social, de esa convivencia a la que se ha aludido; pero con ello se entraría ya en el campo de su finalidad, excediendo de su concepto. En este sentido, Gimbernat Ordeig es claro al afirmar que “*existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con buena conciencia, porque es la justa retribución por el daño causado*” y “*concebir la pena como una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombre son*”.<sup>15</sup>

Por tales razones ha de tenerse en cuenta su inherente negatividad, que conceptualmente parece

<sup>9</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 796.

<sup>10</sup> Jeschek, H. H., *Tratado... cit.*, p. 18.

<sup>11</sup> Silva Sánchez, J.M<sup>a</sup>., *Aproximación... cit.*, p. 291.

<sup>12</sup> Entre otros, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 796; García-Pablos De Molina, A., *Derecho... cit.*, p. 123; Díaz Roca, R., *Derecho... cit.*, p. 266; Silva Sánchez, J.M<sup>a</sup>., *Aproximación... cit.*, p. 291; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho... cit.*, p. 48; o Mir Puig, S., *Derecho... cit.*, p. 45.

<sup>13</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 796.

<sup>14</sup> Jakobs, G., *Derecho... cit.*, p. 9.

<sup>15</sup> Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 106 y 107, citado por Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho... cit.*, p. 800.

## Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

evidente al suponer la privación de derechos o bienes jurídicos, pero asumir, fuera de ese contexto, de su concepto, su necesaria existencia, buscando ante todo su función y finalidad, lo que no ha de significar comprender la pena como algo positivo, pero sí justificar su importancia como medio para procurar el orden social. En definitiva, se trata de diferenciar el *concepto de pena* de las diferentes *finalidades* de la misma.

Por lo que respecta a la función de la pena, la doctrina científica coincide en confrontar dos reglas; “*punitur quia peccatur est*” y “*punitur ne peccetur*”. Estas reglas se identifican con las teorías absolutas, basadas en la compensación de la culpabilidad, y con las teorías relativas o de prevención.

Por tanto, en cuanto a la función o funciones que ha de desempeñar la pena, finalidad última e ideal para la misma, habrá de estarse a las distintas teorías de la pena; así, mientras que para las teorías absolutas, la función de la pena se encuentra en el propio concepto de *justicia*, castigar al que viola una norma jurídica, para las teorías relativas se halla en la defensa de los bienes jurídicos. Las teorías absolutas se basan en la idea de la mera retribución; la pena es la retribución por la comisión del delito, respondiendo a razones de *justicia* (Kant) o *al imperio del Derecho* (Hegel). La pena no tiene función utilitaria alguna, sino es un mero castigo, pues la pena es un fin en sí misma. Por el contrario, para las teorías relativas, las preventivas, el Derecho Penal tiene una utilidad social; procura evitar la comisión de delitos en la sociedad (prevención general), o nuevamente por el individuo ya infractor (prevención especial). La pena no se justifica en sí misma, sino que para estas teorías el *castigo* se justifica por su *utilidad*, siendo la pena “*un instrumento para la consecución de un fin*”,<sup>16</sup> la protección de la colectividad, de sus bienes jurídicos más importantes.

La prevención general tiene lugar a través de la intimidación –que no ejemplarización– sobre la conciencia social y la educación, dirigida a la reprobación y el rechazo social.<sup>17</sup> Prevención general no basada, por tanto, de manera exclusiva, en la amenaza de la pena, pues ha de tenerse en cuenta también, que esa prevención no solo debe buscarse en la mera intimidación, sino igualmente en la ratificación de la confianza depositada en la vigencia de la norma, ya que si el Derecho se configura como un elemento de estabilización social, y es el delito el que desestabiliza la citada confianza, esta emerge de nuevo cuando el Estado ratifica la norma quebrada para certeza de los ciudadanos. Y esta prevención general debe así verse completada para los partidarios de las teorías mixtas por la prevención especial, pues su papel, subsidiario, ya no solo tiene importancia en la *fase de ejecución de la pena*, sino también en el momento de la elaboración de la norma, pues para que sea una realidad fundamentalmente en dicho estadio, ha de haberse previsto legislativamente.<sup>18</sup> Así Jakobs, al decir que la protección del Derecho penal tiene lugar reafirmando al individuo, que confía en la norma, en su confianza: “*la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma*”.<sup>19</sup>

La prevención especial tiene igualmente su base en la intimidación y en la educación, pero esta vez centradas en el sujeto transgresor de la norma, siendo la intimidación el medio por el que procurar que el infractor no vuelva a delinquir, y la educación la corrección del delincuente.

## 2. Exclusión de la pena retributiva en el ordenamiento jurídico-penal español<sup>20</sup>

No es posible referirse a los fines de la pena en el Ordenamiento jurídico español sin hacer alusión al

<sup>16</sup> López Barja De Quiroga, J., *Derecho... cit.*, p. 34.

<sup>17</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho... cit.*, p. 802.

<sup>18</sup> Como máximo exponente Roxín, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 14 y ss, que a través de su “*teoría dialéctica de la unión*”, centra la problemática en tres fases por los que discurre el devenir de la pena, como son: la amenaza legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena. En cada uno de estos estadios la pena adquiere una función distinta, pero siempre estrechamente vinculadas unas con otras, tratando así de dar respuesta a las necesidades que el Ordenamiento y sociedad demandan ante las conductas reprochables de los infractores y al problema de la convivencia de los distintos planteamientos que en cuanto a la pena he referido.

<sup>19</sup> Jakobs, G., *Derecho... cit.*, p. 18.

<sup>20</sup> Vid. Pavón Herradón, D., “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico-penal español”, en *Revista Penal México, septiembre 2015-febrero 2016*, núm. 9, pp. 131 a 157, México D.F., 2016.

artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978, el cual prevé que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación social y la reinserción social...*”. No obstante, a pesar de su tenor literal, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que esa finalidad preventivo-especial a que se refiere el citado artículo 25.2, no es la única, pudiendo convivir con otras finalidades, así de prevención general, aunque limitadas siempre por el principio de proporcionalidad. En cuanto a este último, se reconoce que la proporcionalidad es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no vulnere el Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad.

Dicho lo anterior, lo cierto es que desde el punto de vista constitucional, las concepciones retributivas han sido objeto de críticas, siendo patente la exclusión constitucional de la retribución pura.

En este sentido, las críticas a las concepciones retributivas y a sus defensores, desde el punto de vista constitucional, pueden resumirse de la siguiente manera, siguiendo para ello el esquema dado por Álvarez Gracia:<sup>21</sup>

– En primer lugar, los llamados retribucionistas, incluidos Kant y Hegel, no admiten la posibilidad de que se pueda prescindir de la pena en ningún caso, pues la esencia de las teorías absolutas o retributivas consisten en el inexorable castigo del individuo, sinónimo de justicia. Por el contrario, nos encontramos inmersos en un sistema normativo en el que tal base carece de toda legitimación y fundamento, habida cuenta de la existencia en nuestro Ordenamiento de figuras tales como la prescripción del delito, la

prescripción de la pena, la condena condicional o el indulto. En este sentido, el Tribunal Constitucional al afirmar que “... desde su originaria plasmación en la Ley de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908 (en lo sucesivo, L.C.C.), dicho instituto se presenta como una excepción a la regla general de efectivo y real cumplimiento de las penas impuestas, por indicaciones de naturaleza político-criminal derivadas de la exigencia de que las penas privativas de libertad se orienten hacia la reeducación y la reinserción social, tal y como actualmente se explicita en el art. 25.2 C.E. ...”.<sup>22</sup> “... Así lo indicó certeramente la STC 112/1996 (fundamento jurídico 4.): «La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 C.E.) o, como ha señalado la STC19/1998, la “corrección y readaptación del penado”, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento»...”.<sup>23</sup>

– Tampoco pueden apoyarse las teorías retribucionistas, ya que contemplan en un mismo plano al delito y la sanción, como iguales en su género, cuando en realidad, en palabras de Mezger, “se trata de magnitudes inconmensurables”.<sup>24</sup> Por ello la afirmación que al daño causado le corresponde una sanción equivalente, máxima de justicia, no resulta ni real ni posible, al no ser comparables delito y pena; y al no poderse comparar, y tener que recurrirse para ello a elementos externos, no puede entenderse tal comparación.<sup>25</sup>

Basarse en el hecho de que delito y pena son comparables y que, por tanto es posible llegar a la retribución justa por el mal causado, no se corresponde con nuestro sistema constitucional, pues, entre otros, el principio de proporcionalidad quedaría vulnerado<sup>26</sup>,

<sup>21</sup> Álvarez Gracia, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el Ordenamiento Constitucional español*, Granada, 2001, pp. 92 y ss.

<sup>22</sup> Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 209/1993, de 28 de junio de 1993 [RTC 1993\209].

<sup>23</sup> Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 81/1997, de 22 de abril de 1997 [RTC 1997\81].

<sup>24</sup> Mezger, E., *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957, pp. 398 y ss.

<sup>25</sup> Al respecto, entiendo que efectivamente no resultan comparables en un mismo plano el delito y la sanción, si bien conviene hacer matices. Es correcta la tesis retribucionista que presenta como equivalentes a uno y a otra, pues lo que viene a significar no es otra cosa que a un delito le corresponde una sanción, y que esta debe ser proporcional a aquel; sin embargo sí resulta criticable esa equiparación, si se analiza desde la individualización de la pena, como hemos mantenido en anteriores reflexiones, ya que no es posible en el caso concreto de que se trate, la comparación de un delito con una pena en abstracto; es decir, lo que entendemos constitucionalmente criticable no es sino la adjudicación sin más de una pena en atención a un hecho típico, pues para ello se requieren elementos externos como son la culpabilidad del autor o la gravedad del resultado producido. Ello es definitivo en fase judicial a la hora de establecer la extensión de la pena, la magnitud de la misma.

Por tanto, si bien entendemos comparables el delito y la pena en un mismo plano, no así a la hora de calcular la magnitud que dicha pena ha de tener, pues para su justa extensión se requieren otros elementos externos que encaucen su graduación; eso sí, partiendo siempre de la pena en abstracto prevista normativamente.

<sup>26</sup> Cuando se habla de una quiebra del principio de proporcionalidad, ha de entenderse especialmente referida al momento de la individualización de la pena, como dijimos. No se cuestiona la proporcionalidad del delito con la pena en abstracto prevista para el mismo, sino

## Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

siendo preciso tener en cuenta elementos tales como la culpabilidad, o las posibles causas de justificación que pudieran concurrir. En este sentido el Tribunal Constitucional, al señalar que “... *no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos. ...*”<sup>27,28</sup>

– Una tercera crítica se centra en la imposibilidad de compensar la lesión del bien jurídico a través del sufrimiento, no entendiéndose “*cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena*”,<sup>29</sup> lo que no está reñido con la necesidad de que ciertas lesiones en los bienes jurídicos hayan de ser amparados. En relación con esta cuestión, el Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado que “*Pena degradante es la que provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4.º, y 89/1987, fundamento jurídico 2.º) ...*”<sup>30</sup>

– Se dice en apoyo de estas tesis, que la retribución consigue limitar la pena, pues para los delitos más graves se corresponden las penas más graves, y para los leves las penas inferiores, lo que frena el poder punitivo del Estado y evita la arbitrariedad.<sup>31</sup>

Si bien es cierto que las conductas más graves lleven aparejadas sanciones mayores, ello no ha de justificarse en un puro retribucionismo, pues como de nuevo señala el Tribunal Constitucional “... *Lo que ocurre es que el legislador, por la misma razón que considera unos delitos más graves que otros, ha estimado, en opción constitucionalmente válida, que la persistencia en el delito y la rebeldía ante la norma debe tener como correlato una superior pena, atendido los fines de Prevención general y especial...*”<sup>32</sup>

Autores como Luzón Peña, Álvarez Gracia o Mir Puig, mantienen que es comprensible la proporción entre el delito y la pena, y que dicha proporción solo puede lograrse desde la perspectiva de la prevención general.<sup>33</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional se pronuncia en iguales términos al decir que “...*el juicio sobre la proporcionalidad de la pena... es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad penal derivado de ella...*”<sup>34</sup>

– Las teorías absolutas vinculan la retribución a la culpabilidad, cuando sin embargo la culpabilidad es algo impreciso que requiere del análisis de elementos subjetivos. Junto a ello, consideran que la retribución es el resultado más justo al que se puede llegar, argumentando una moral que es completamente ajena al Derecho.

Puede concluirse por tanto que, en nuestro Derecho, la pena no puede ser explicada desde las teorías retribucionistas o absolutas; los artículos 10.1, 16.1 y 25.2 de la Constitución Española, no permiten considerar la pena como una pura retribución por el mal causado por el delito, esto es, no permiten basar el “*ius puniendi*” del Estado en el “*libre albedrío*”, no siendo posible tampoco afirmar que el mal causado vaya a desaparecer con la pena, ni que la sanción haya de consistir o deba tener la misma entidad que el daño. Cosa distinta, y hay que diferenciarlo, es que la sociedad demande un cierto retribucionismo que reafirme la vigencia de la norma frente a la conducta delictiva.

En cualquier caso, y como aspecto positivo de la retribución, cabe afirmar que la esencia retributiva tiene un contenido garantizador a través del principio

que a la hora de establecer su extensión, se tengan en cuenta otros elementos que permitan que la pena sea justa y proporcionada.

<sup>27</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 150/1991, de 4 de julio de 1991 [RTC 1991\150].

<sup>28</sup> Entendiéndose que, a la hora de establecer la pena, la retribución pura sí toma en consideración la culpabilidad del autor junto con el hecho cometido, que no la gravedad del resultado que se produce.

<sup>29</sup> Roxin, C., “Sentido... *cit.*”, p. 14.

<sup>30</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 150/1991, de 4 de julio de 1991 [RTC 1991\150].

<sup>31</sup> Morillas Cueva, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, p. 20.

<sup>32</sup> Vid. cita núm. 30.

<sup>33</sup> Vid., en este sentido, Luzón Peña, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24 y ss; Álvarez Gracia, F.J., *Consideraciones... cit.*, p. 98; Mir Puig, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 43-44, 1981, p. 80.

<sup>34</sup> Vid. cita núm. 30.

de proporcionalidad. No se admite por la doctrina la finalidad retributiva de las penas, porque se entiende la proporcionalidad como límite a las finalidades preventivas y no como objetivo específico a perseguir. Sin embargo ha de añadirse que esa necesaria y positiva proporcionalidad se puede alcanzar por otros medios, por lo que puede afirmarse que ese único aspecto positivo no es exclusivo de las teorías absolutas.

### 3. Principios informadores del sistema de penas: proporcionalidad, culpabilidad y legalidad

Como ya se ha señalado en líneas anteriores, deviene uno de los límites del “*ius puniendi*” bajo los principios de proporcionalidad y culpabilidad, junto con el de legalidad, principios informadores del sistema de penas<sup>35</sup> que, en conexión con la protección de bienes jurídicos, en definitiva el orden social, justifican la necesaria existencia de las penas, aunque bajo una serie de garantías de naturaleza constitucional para el infractor.

El principio de proporcionalidad (la pena proporcionalada a la gravedad del delito<sup>36</sup>) debe jugar como límite de las necesidades preventivas: es límite de la prevención general, porque evita los excesos de la pura intimidación y sirve como requisito de su eficacia, puesto que asegura la aptitud de las normas para motivar a los ciudadanos; y es también límite de la prevención especial, para que no puedan restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionalada al delito, con el pretexto de reeducarlos.

De este modo, la discusión sobre los fines de la pena adquiere especial relevancia práctica en el momento en que debe elegirse una pena concreta a imponer, que será distinta según el fin que se pretenda. La determinación de pena se configura como un proceso que comienza en la ley, con el establecimiento de la pena que corresponde a cada delito (marco penal abstracto) y concluye, en el momento en el que el Juez establece la pena concreta (individualización judicial).

En el momento de determinación del marco legal, el Juez puede buscar, por encima de todo<sup>37</sup>, bien que la gravedad de la pena equivalga a la gravedad del delito para imponer el castigo justo, con independencia de lo que aconseje la prevención de futuros delitos, buscando por tanto en el concepto retribucionista de pena y que plantea el problema de qué se entiende por castigo justo, bien puede buscar que la pena sea suficiente para que el reo no vuelva a delinquir y se integre en las normas de convivencia social, o bien que sea suficiente para servir de escarmiento al resto de los ciudadanos.

Interesa en este momento esencialmente lo atinente a la búsqueda de la proporcionalidad de la pena, tanto en el momento de fijar un marco general abstracto para la determinación de la misma, como en el momento posterior de individualización judicial propiamente dicha, en el que opera como factor real de individualización; y asimismo, lo concerniente a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor como elementos concretos, en conexión con la proporcionalidad en sentido abstracto.

Concluye López Barja De Quiroga<sup>38</sup> que, sean cuales sean las reglas que el sistema penal ofrezca para la determinación de la pena, resulta claro que han de venir presididas primeramente por el principio de culpabilidad, que es el fundamento de la pena, sin que pueda imponerse una pena superior al límite de la culpabilidad de la persona y, por otra parte, por los principios de igualdad y proporcionalidad. Sentados estos principios, podrán aplicarse los criterios de prevención general o especial, en función del que se considere adecuado.

Respecto a la culpabilidad (culpabilidad del autor) y su influencia en el momento de individualización de la pena, existen diversas teorías:<sup>39</sup> aquellas que consideran que la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena; aquellas que renuncian a la culpabilidad como fundamento y como límite; y por último, las que afirman que la culpabilidad es el límite pero no el fundamento de la pena. No obstante, sobre lo que sí parece existir acuerdo en la doctrina,

<sup>35</sup> Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011, pp. 246 y ss.

<sup>36</sup> Vid. García Arán, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 72 y ss.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 62 y 63.

<sup>38</sup> López-Barja De Quiroga, J., *Derecho... cit.*, p. 212.

<sup>39</sup> Demetrio Crespo, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999, p. 251.



## Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

es sobre el hecho de que la pena no puede ir más allá del límite impuesto por la culpabilidad, así como la necesidad de cumplir con la pena fines preventivos. Para desarrollar estos principios en el momento de la determinación de la pena, se han elaborado diversas teorías:<sup>40</sup>

– *Teoría del ámbito del juego*, que parte de considerar la pena medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que no puede medirse hasta un punto concreto, sino que proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta, esta conforme a criterios de prevención especial.

– *Teoría de la pena exacta*, sin que sea posible admitir un marco o una zona adecuada a la culpabilidad, concretando un punto exacto en el que el contenido de la pena es adecuado a la culpabilidad del sujeto.

– *Teoría del valor de la posición*, para la que los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada. Para determinar la duración se atenderá a criterios retributivos en función de la culpabilidad; después tendrán relevancia otros criterios, derivados de fines preventivos, para examinar los demás aspectos, tales como la clase de pena o si procede o no conceder la suspensión condicional de la misma.

Resulta interesante sin duda, determinar cuáles son los elementos fácticos de la individualización penal, aquellos que ofrecen interés en cuanto a los fines de la pena, para la clase y cuantía de esta y para su suspensión condicional. Cita Jescheck<sup>41</sup> como tales el desvalor del resultado (por ejemplo, el valor de la cosa hurtada), el desvalor del acto (como puede ser la particular brutalidad en el caso del delincuente sexual), la culpabilidad, el incremento del mismo delito en una zona (como forma de prevención general), la carencia de antecedentes penales (como prevención especial). Expresado de otro modo<sup>42</sup> y sistematizándolos:

– El contenido del injusto (significación del delito para el Ordenamiento jurídico violado) y de la culpabilidad (gravedad del reproche al reo por el delito cometido). Estos elementos provienen de las teorías retributivas,

puediendo afirmar que el contenido del injusto deriva del valor otorgado por Hegel a la lesión de la lesión, y la culpabilidad como proporcionalidad o retribución entre la pena y el reproche al reo.

– La personalidad del reo, es decir, las circunstancias económicas y personales.

– La vida anterior del reo y su conducta posterior al delito, valorando si se trata de un hecho aislado y si se ha procedido a la reparación del daño. Valorando igualmente, dentro de esta conducta, su comportamiento durante el proceso.

En cualquier caso, en la individualización de la pena y en la valoración de la gravedad del hecho no pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal<sup>43</sup> (prohibición de doble valoración). No podrá volver a valorarse, por ejemplo, la no producción del resultado si ya se aplicó el tipo atenuado correspondiente a la tentativa, o la disminución en la capacidad de culpabilidad si ya se aplicó una eximente incompleta.

Partiendo de la concepción antes enunciada sobre la culpabilidad en la individualización de la pena, que considera a la misma como su fundamento, se entiende que el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable, sin olvidar claro está, como complemento, los efectos que la pena puede tener sobre la vida futura del penado (cláusula de prevención especial). Se parte siempre de las teorías de la compensación, afirmando una vez más que la proporcionalidad basada en la gravedad por el hecho cometido, opera como base y límite del resto de los fines de la pena.

Puede decirse por tanto, que el principio de culpabilidad y los de proporcionalidad e igualdad operan en el momento de concretar un marco legal abstracto, aplicando las reglas establecidas para este, como el grado de ejecución del delito, el grado de participación, las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, etc. Pero habrá que volver a tenerlos en cuenta en el momento de individualización judicial “stricto sensu”, siempre sin olvidar la prohibición de doble valoración. En todo caso, no es posible afirmar

<sup>40</sup> Sistematizadas por López Barja De Quiroga, J., *Derecho... cit.*, pp. 214-216.

<sup>41</sup> Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Vol.2*, trad. de Mir Puig, S., y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 1195.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 1205 y ss.

<sup>43</sup> Choclán Montalvo, J. A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997, pp. 173 y 174.

que estos principios de culpabilidad y proporcionalidad estén operando en el Ordenamiento jurídico español en el sentido en que eran utilizados por Kant o Hegel, puesto que en el Código Penal vigente y conforme a la interpretación constitucional antes vista, aparecen institutos que permiten la excepción en la imposición de la pena, lo que no se admitía por los retribucionistas, como pueden ser la condena condicional, la prescripción del delito, de la pena, las circunstancias eximentes o las excusas absolutorias. No es posible hablar, por tanto, de una identificación total entre los principios mencionados por aquellos y los aplicados en nuestro Ordenamiento como fundamento para la imposición de la pena, y como límite para las demás teorías preventivas, aunque, como se viene afirmando, sirven como fundamento para la determinación de la pena.

En el artículo 66.1 del Código Penal, se establecen como *factores reales en la individualización penal*,<sup>44</sup> la gravedad por el hecho y las circunstancias personales del delincuente. Estos criterios legales deben reglar la discrecionalidad del Juez en el momento de individualizar la pena. Afirma la doctrina<sup>45</sup> que hubiera sido deseable que el legislador hubiera tasado con más detalle los factores a tener en cuenta en este momento de determinación de la pena, no obstante lo cual, centrándonos en los criterios antes mencionados del artículo 66.1 del Código Penal, parece determinarse con claridad, que los presupuestos que deben presidir la función judicial de individualización de la pena son, en primer lugar, la determinación del marco penal adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho (incluyendo la culpabilidad en sentido dogmático y la gravedad del injusto del hecho realizado) y, en segundo lugar, valorar la personalidad del autor en la fijación de la pena definitiva dentro de esa magnitud penal adecuada a la gravedad.

En cuanto a la *cuantificación de la culpabilidad*, esto es, en cuanto a la determinación de la pena

adecuada a la culpabilidad, “*importa fijar un mínimo y un máximo de pena (el espacio de juego), entre cuyos límites puede considerarse que la pena es ya adecuada a la culpabilidad y todavía adecuada a ella*”.<sup>46</sup> Los parámetros que debe manejar el aplicador del Derecho para establecer la culpabilidad, han sido sistematizados por la jurisprudencia, habiéndose establecido como criterios para medir la gravedad de la culpabilidad los siguientes: la gravedad de la ilicitud cometida, las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma, y el mayor o menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron a actuar al autor. La cuantificación de la culpabilidad se presenta como una operación complementaria de la determinación del marco legal abstracto, con la concreción ulterior por la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Sin ánimo de exhaustividad en este momento, me referiré a continuación a la *gravedad del injusto*, comprensiva tanto de la gravedad de la acción como la gravedad del resultado.

En relación con la gravedad de la acción, Choclán Montalvo<sup>47</sup> incluye como factores:

- De una parte, la forma de ejecución del delito, es decir, determinados medios, modos o formas de comisión del delito que tienen un valor indiciario para valorar la gravedad del hecho, cuando el tipo no incorpore esta circunstancia en la determinación del marco penal (por ejemplo, en el artículo 148.1º del Código Penal, al hablar de las lesiones, la agravación que supone el empleo de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la salud). También la distinción entre los delitos cometidos por acción o por omisión, suponiendo un mayor desvalor el primer caso dada la mayor energía criminal. O en los delitos de infracción de un deber, la exigibilidad del este.
- Y de otra parte, la voluntad aplicada al delito, la tenacidad o debilidad de la voluntad.

<sup>44</sup> Existen opiniones contrarias en torno a esta forma de individualización, entendiendo otros autores como Llorca Ortega, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999, que las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal operan, no en el momento de concreción del marco penal aplicable, sino en el de la individualización judicial “stricto sensu”. Antes de seguir adelante, es de significar la toma de postura adoptada a favor de la tesis expuesta por Choclán Montalvo, puesto que es cierto que la determinación del marco legal debe realizarse tanto si la previsión de atenuación o agravación está prevista en parte general, artículos 21 y 22, como en parte especial del Código (como supuestos de subtipos atenuados o agravados), al igual que ocurre con las formas imperfectas de ejecución que influyen en la primera fase y no son valoradas en la individualización “stricto sensu”.

<sup>45</sup> Vid. Choclán Montalvo, J.A., *Individualización... cit.*, p. 175.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 181 y 182.

## Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

En la gravedad del resultado, son de relevancia circunstancias tales como la magnitud del daño causado en los delitos de resultado, o el grado de puesta en peligro del objeto protegido, en los delitos de peligro. También podrán considerarse criterios para la graduación, la unidad o pluralidad de sujetos pasivos en los delitos patrimoniales, cuando esta circunstancia no esté especialmente prevista en el tipo delictivo como forma agravada, la situación en que ha quedado la víctima o su familia fuera también de los casos en que esta posibilidad esté prevista. Para la valoración del daño deben tomarse en cuenta tanto las consecuencias materiales (por ejemplo, el homicidio del padre de familia que sustenta económicamente a toda la familia) como psíquicas (por ejemplo, la pérdida del único hijo), planteándose en este punto si es necesario que esas consecuencias sean previstas por el autor y, aun así, haya decidido cometer el delito, o si se tienen en cuenta al graduar la pena con independencia de que el autor las conozca y solamente por la mayor reprochabilidad social que suponen. En relación con este extremo, conviene destacar una de las críticas formuladas a las teorías absolutas, la relativa al olvido que se produce del resultado producido por el delito. Esta gravedad del resultado opera como factor de individualización de la pena y, sin embargo, no era tenido en cuenta por aquellas teorías.

En cuanto a la culpabilidad “*stricto sensu*”, viene determinada por el valor o desvalor ético de los motivos que impulsaron al autor que, a su vez, produce una mayor o menor reprochabilidad por el delito. Se distingue por la doctrina entre estímulos externos (penuria económica, instigación política, etc.) y los móviles internos (odio, ánimo de lucro, codicia, etc.), interesando siempre el grado de fuerza del motivo y su valor ético. No es posible, por tanto, individualizar la pena sin recurrir, en cierto modo, a criterios éticos o morales.

En relación con la *personalidad del reo*: volviendo a los términos empleados por Jescheck,<sup>48</sup> dentro de la personalidad del reo han de incluirse sus circunstancias personales (origen y educación, estado familiar, salud física y mental, posición profesional y social,

sensibilidad del reo frente a la pena, etc.) y económicas (en la medida que la difícil situación económica haya sido el móvil del delito); también la vida anterior del reo y su conducta después del delito. La vida anterior resulta interesante en la individualización en la medida en que el delito constituya un hecho aislado excepcional para el normal comportamiento del reo, y como motivo de agravación la reincidencia por la comisión de delitos de distinta naturaleza. Su conducta después del delito será valorada tanto si contribuye a la reparación del daño, como si por el contrario persiste en el quebrantamiento de la norma. Este factor real de individualización tampoco sería tenido en cuenta por las teorías retribucionistas, puesto que estas se basan únicamente en la retribución por el hecho cometido, sin que influyan elementos personales o subjetivos del autor.

Este criterio<sup>49</sup> es utilizado por el Código Penal en diversos preceptos, aludiendo a las circunstancias personales del delincuente en el artículo 4.3 para los supuestos en que el Juez o Tribunal estime conveniente la derogación o modificación de un precepto o la concesión de un indulto, en el artículo 68 al hablar de las eximentes incompletas, y en el artículo 80 para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Adquiere también un papel sumamente relevante en el artículo 95, como base de la adopción de medidas de seguridad.

También en este factor de individualización hay que analizar previamente los fines que persigue la pena en concreto; la valoración de dicho factor dependerá de los fines a los que se conceda validez.

A modo de conclusión con relación a la individualización judicial de la pena y utilizando las palabras de Jorge Barreiro<sup>50</sup>, puede afirmarse que resultará difícil para el Juez operar en la práctica con el principio de culpabilidad por el hecho y con la doctrina de la unión dialéctica de la pena que de él se deriva. Ello se debe, en primer lugar a la complejidad en la cuantificación matemática del margen superior del *espacio de juego*, así como a la dificultad de deslindar la culpabilidad por el hecho de las razones de prevención general, o de separar las circunstancias personales del

<sup>48</sup> Jescheck, H.H., *Tratado...* (vol. 2) cit., pp. 1205 y ss.

<sup>49</sup> Demetrio Crespo, E., *Prevención general...* cit., p. 303.

<sup>50</sup> Jorge Barreiro, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada, CGPJ*, Madrid, 1999, pp. 112-115.

reo que ha de ponderar en el concepto de culpabilidad de las que ha de evaluar dentro del capítulo de la prevención especial. A todo ello se suma la inexistencia de datos empíricos que le informen acerca del pronóstico de reinserción del reo que juzga. Todos estos inconvenientes hacen necesario, a juicio del citado autor, que se plasmen en la sentencia todos los datos que han de servir para motivar la cuantía de la pena, permitiendo el autocontrol de las propias decisiones, evitando la improvisación, la arbitrariedad, la irracionalidad, la intuición y la emotividad, facilitando, además, la revisión de las resoluciones por los tribunales funcionalmente superiores.

Finalmente, cabe referirse a lo que García Arán<sup>51</sup> denomina el “*lastre retribucionista*”, añadiendo que aunque la doctrina penal considere superada la retribución como un objetivo a perseguir que pueda prevalecer sobre otras orientaciones de la pena, lo cierto es que la búsqueda de la compensación del delito mediante la segregación social del responsable y, en suma, el sentimiento de venganza, siguen estando considerablemente arraigados en la sociedad actual, sirviendo como ejemplo claro el debate que hace escasos años hubo sobre el cumplimiento íntegro de las penas y el artículo 78 del Código Penal.

El artículo 78 disponía, con anterioridad a su reforma, que “*si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento*”.

Este artículo no tenía precedente en el Texto Refundido del Código Penal de 1973, estableciéndose

como un límite a su vez al sistema de acumulación jurídica, una vez planteado el problema de si los beneficios penitenciarios debían aplicarse sobre el máximo de condena del artículo 76 o sobre la totalidad de la pena impuesta. Conforme al citado precepto, los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se computarían tomando como base el límite máximo resultante de la acumulación material, lo que a juicio de algunos autores<sup>52</sup> suponía realmente la supresión de dichos beneficios, pero sin que en ningún caso pueda hablarse de un cumplimiento íntegro de las penas, sino que, como máximo, operaría siempre el límite ordinario o extraordinario del artículo 76. Se trata, por tanto, de un modo de compensar la reducción de la pena por el límite de cumplimiento en los concursos de delitos, con una posible privación de beneficios.

Fue igualmente criticado por la doctrina, actualmente suprimido del precepto, el hecho de que la aplicación del régimen establecido por el artículo 78 se basara en un concepto indeterminado y tan amplio como el de la *peligrosidad criminal*, entendiéndose Choclán Montalvo<sup>53</sup> que los beneficios penitenciarios tenían que ser aplicados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, con base en la evolución del interno, y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que son los mismos criterios a los que se refiere el citado artículo para determinar el régimen general de cumplimiento, produciéndose por tanto una incongruencia.

Por último, restaría hacer una sucinta referencia al principio de legalidad, tercer criterio informador del sistema de penas.<sup>54</sup> Únicamente decir que, como es sabido, en el principio de legalidad se comprenden cuatro garantías fundamentales para el Derecho penal: garantía criminal; garantía penal; garantía judicial o jurisdiccional; y garantía de ejecución. En palabras de Mir Puig, la garantía criminal exige que el delito se halle determinado por la ley; la garantía penal precisa que la norma señale la pena que corresponda al hecho; la garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen a través de una Sentencia judicial y conforme a un procedimiento legalmente establecido; y la

<sup>51</sup> García Arán, M., *Fundamentos... cit.*, pp. 43 y 44.

<sup>52</sup> Choclán Montalvo, J.A., *Individualización... cit.*, p. 151.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>54</sup> Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso... cit.*, pp. 246 a 248.

Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento Jurídico-penal Español

garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sustente en una ley que la regule.<sup>55</sup>

Estas garantías se recogen en el Código Penal. La garantía criminal en el artículo 1: “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad solo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”. La garantía penal en el artículo 2.1: “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración”. La garantía jurisdiccional en el artículo 3.1: “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”; y la garantía de ejecución de la pena en el artículo 3.2: “2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. Garantías, las enunciadas, que se completan con las prohibiciones de retroactividad de las normas penales, la prohibición de la aplicación analógica de las mismas, así como la prohibición de indeterminación.<sup>56</sup>

El principio de legalidad, expresado a través del aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”,<sup>57</sup> supone, pues, de una parte, una exigencia de seguridad jurídica, en el sentido de la posibilidad de un conocimiento previo de los delitos y las penas, sino, de otra parte, una garantía política, en virtud de la cual nadie podrá verse sometido por el Estado ni por los Jueces a penas no previstas por el Ordenamiento jurídico-penal.<sup>58</sup>

#### 4. Bibliografía

Álvarez Gracia, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.

- Choclán Montalvo, J. A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997.
- Cobo del Rosal M. y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1999.
- Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002.
- Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011.
- Demetrio Crespo, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1999.
- Díaz Roca, R., *Derecho Penal General. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996.
- García Arán, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- García-Pablos De Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal, vol. I*, Madrid, 2012.
- Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990.
- Hobbes, T., *Leviatán*, Madrid, 1979.
- Jakobs, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
- Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General I*, trad. Mir Puig, S. y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General II*, trad. Mir Puig, S. y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- Jorge Barreiro, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena” en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada, CGPJ*, Madrid, 1999.
- Lesch, H.H., *La función de la pena*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid, 1999.
- Llorca Ortega, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999.

<sup>55</sup> Mir Puig, S., *Derecho... cit.*, p. 116.

<sup>56</sup> Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *Curso... cit.*, pp. 41 y 42.

<sup>57</sup> Con origen en Feuerbach. Vid. Mir Puig, S., *Derecho... cit.*, p. 82.

<sup>58</sup> *Ibidem*. pp. 83 y 84.

- López Barja De Quiroga, J., *Derecho Penal Parte General IV*, Madrid, 2002.
- Luzón Peña, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.
- Mezzger, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2016.
- Morillas Cueva, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015.
- Pavón Herradón, D., “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico-penal español”, en *Revista Penal México, septiembre 2015-febrero 2016, núm. 9*, pp. 131 a 157, México D.F., 2016.
- Roxin, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 2010.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES